图书情报工作
第 62 卷 第 8 期 2018 年 4 月

我国著作权法为图书馆赋权的制度模式选择

■ 张军华
华中师范大学图书馆 武汉 430079

摘要：［目的/意义］探讨我国著作权法第三次修订为图书馆发挥职能的需要而对其赋权的立法模式选择。［方法/过程］首先，对现有研究进行简述，揭示其不足。其次，通过为图书馆特别赋权制度产生与发展的回顾，归纳得出著作权立法的逻辑是：维护公共利益是宗旨，保护私人利益是手段。再次，以美国著作权法案、澳大利亚著作权法和我国香港地区著作权法为例，分析将针对图书馆的特别赋权和原则性赋权予以分设的立法模式及其优点；以法国知识产权法、德国著作权法、我国台湾地区著作权法为例，分析将针对图书馆的特别赋权和原则性赋权予以整合的立法模式及其缺点。最后，分析数字网络环境下图书馆发挥职能的制度需求，国际上最新的图书馆可适用著作权限制制度的立法动态，以及几种著作权限制制度间的逻辑关系和国家的现实需求。［结果/结论］我国著作权法第三次修订应该对图书馆可适用的著作权限制制度采取特别赋权与原则性赋权分设的立法模式，并提出著作权法图书馆相关条款的具体修改建议。

关键词：图书馆职能　制度模式　特别赋权　原则性赋权　三步检验原则　著作权
分类号：D923.41
DOI：10.13266/j.issn.0252－3116.2018.08.002

我国在 2011 年 7 月即已启动《著作权法》第 3 次修订工作，但目前仍处于国务院法制办审核《著作权法（修订草案送审稿）》（下称《送审稿》）并征求相关专家意见的阶段，考虑到我国《著作权法》十年方为一个修订周期的惯例，为了本次修订的结果不至于对“建设创新型国家”造成抑制，对尚未提交全国人大审议的《送审稿》中图书馆可适用的著作权限制或例外制度提出修改建议，或许还为时未晚。

1　相关研究

在世界现行的著作权立法例中，可适用于图书馆的著作权限制或例外制度对图书馆的资源建设与信息服务至关重要，它大体分为两类：一类属于对图书馆特别赋权，即明确规定适用主体是图书馆的著作权例外；另一类属于原则性赋权，包括明确规定适用主体但图书馆也可适用的著作权例外，以及只规定目的而没有明确规定适用主体的图书馆可适用的著作权例外两种[1]。在立法例中，各国均在三步检验原则的指导之下，要么将特别赋权和原则性赋权予以分设，要么予以整合。我国现行著作权法规或《送审稿》采取的总体上属于整合赋权模式，这种制度模式选择造成图书馆可适用的著作权限制或例外制度的实施与价值实现存在不小的问题，对此：赵金红等运用德国社会学家哈贝马斯的“商谈伦理学”对著作权私人利益和公共利益的实现机制予以分析，认为著作权私人利益应该对言论自由权，版权保护与新闻自由，教育、研究及图书档案等领域，公共管理，特殊群体和特定情境的使用等予以让位[2]，但如何就图书馆可适用的合理使用予以立法，未予深入探究；万红认为，如今的著作权已成为制约图书馆电子书服务与行业发展的障碍，提出应强化著作权保护意识，重视电子书的著作权保护与社会公共利益的平衡，完善著作权许可[3]，但笔者认为其还可以对我国著作权法第三次修订被遗忘的图书馆使用作品存在的法律问题提出具体建议；屈华认为，我国图书馆适用合理使用制度时呈现行为受缚、规则无法涵盖、法律风险增加等特征，症结是国际压力下著作权持续扩张、著作权保护趋强、立法模式存在局限性和具体规则模糊等，比如，合理使用的立法模式采取规则式，具有封闭性强、包容性差、对技术发展反应迟缓等弊病，提出通过设置一般条款、扩展权利例外、积累司法经验、建立合同适用限制政策与非讼制度等重构图书馆

作者简介：张军华（ORCID：0000－0003－2618－6299），副研究馆员，硕士，E-mail：zhangjunhua5476@163.com。
收稿日期：2017－10－24　修回日期：2018－01－15　本文起止页码：14－22　本文责任编辑：王善军

张军华.我国著作权法为图书馆赋权的制度模式选择[J].图书情报工作,2018,62(8):14-22.

合理使用制度[4],但对适用于图书馆的著作权限制或例外制度采取分设还是整合模式,未予探讨;华鹰则建议我国著作权法第三次修订应该建立数字图书馆可适用的法定许可制度[5],但目前我国著作权使用之付费标准的缺陷以及该制度对当前利益格局的影响等,该文未曾涉及;万勇认为,我国现行《著作权法》仅赋予图书馆基于保存目的而复制馆藏作品的权利,对馆内复制、馆际互借与文献提供等是否属于例外,未予涉及,其提出应遵循独立性、平衡性、国际性原则,并密切关注 WIPO 正在讨论的涉及图书馆的例外规定,且应为图书馆增加"提供作品"和"因个人或私人目的使用作品"的例外,并将《信息网络传播权保护条例》有关数字保存的规定提升到《著作权法》中,但未进一步深入探究我国法立法的弊端及改进[6]。

纵观上述研究成果,学者们从图书馆职能发挥的视角,探讨著作权法将针对图书馆的特别赋权和原则性赋权予以分设或整合、如何分设或整合、分设或整合带来的适用性及对利益平衡带来的影响等问题的研究还略显欠缺,本文拟进行探讨。

2 为图书馆特别赋权制度产生的逻辑分析

为了控制印刷品的流行,以禁止涉及异端、煽动暴乱和叛逆的著述等政治目的,英国王室于 1557 年颁布了一个皇家特许状——专门设立出版商公司(Stationers Company),授予其控制印刷的排他性特权[7]。之后的民主斗争,尤其是 1689 年议会颁布的《权利法案》(*The Bill of Rights*)使英国实现了由"主权在君"到"主权在民"的革命性转折[8],其表现之一就是英国在 1709 年颁布了世界上第一部著作权法,即《为鼓励知识创作而授予作者就其已印刷成册的图书及购买者在一定时期内之权利的法》(俗称《安娜女王法令》(*The Statute of Anne*))[9]。该法对其立法目的之描述是,"为了防止印刷者不经作者同意就擅自印刷、翻印或出版作者的作品,以鼓励有学问、有知识的人编辑或创作有益的作品。"[9]该法规定,新书出版前及修订的版本必须向指定的图书馆和大学缴存 9 份,这是出版商获得印刷专有权保护的先决条件[9],便于公益机构对出版物予以保存并供公众利用。此即为英国著作权限制制度之"fair dealing"(译为"合理利用"或"公平交易")概念的由来,它标志着著作权保护的重心由政治转向经济,以及图书馆法定保存文献并提供文献职能的开启。综上,著作权法创设本身是基于维护公共利益的考虑,即促进公共利益才是著作权立法的最终目标,但为了公共利益得以实现,从手段上又必须给予作者一定期限的专有权利。其后,基于图书馆等公益机构发挥职能所需,英国在其 1956 年著作权法中还首次为图书馆和档案馆规定特别例外,此为著作权法为图书馆特别赋权之发端。

后来,由于各国文化交流及经贸往来日益频繁,著作权国际贸易日趋活跃,最终,相关国际组织相继出台了《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(下称《伯尔尼公约》)[10]、《与贸易有关的知识产权协定(TRIPs)》[11]、《世界知识产权组织著作权条约》(WCT)[12]、《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)[13]等协约。这些国际协约均规定在保护知识产权的前提下各成员有权对著作权制定必要的限制以维护公共利益,足见公共利益的宗旨地位已悄然退居到次要地位,如《伯尔尼公约》第 9 条第 2 款规定,"本联盟成员国法律有权允许在某些特殊情况下复制上述作品,只要这种复制不致损害作品的正常使用也不致无故损害作者的合法利益"[10],此即为限制复制权之"三步检验原则";又如,TRIPs 第 13 条规定,"各成员对专有权做出的任何限制或例外规定应限于某些特殊的情况,并且不会与对作品的正常利用相冲突,也不会不合理地损害权利持有人的合法利益"。从"只要"到"并且"的文字表述变动可知,《伯尔尼公约》三步检验原则的基本理念在逻辑有所变化后在其他国际协约中得以再现,但已将可适用的权能由复制权扩充至所有著作权权能,而且,公共利益之权重在趋于减小,地位在趋于下降。

事实上,国际协约确定的三步检验原则不仅仅是制定著作权限制与例外条款的指导原则,同时也是赋予成员可对基本人权、自由及公共利益做出充分考量后确定著作权限制与例外情形的权利——与"基本人权"相对应的"基本国权",因此,已加入相关国际协约的我国有权在三步检验原则的指导之下,充分行使国内立法权。时至今日,著作权的经济性已经远超其政治性,公共利益退后而私人利益扩张形成的著作权利益平衡思想,成为著作权立法考量的最重要因素,三步检验原则的适用范围持续扩展,但其指导性、实用性、操作性有限,所以,基于图书馆职能发挥的需要而可能超越三步检验原则为图书馆予以赋权的著作权立法实践屡见不鲜。

3 各国立法为图书馆赋权的制度模式选择

3.1 特别赋权与原则性赋权分设模式

3.1.1 美国的分设模式 美国是一个移民国家，也是一个技术立国的国家，其《宪法》第1条第8款第8项规定，“国会通过赋予作者和发明者对其作品和发明一定期限的专有权保护，以促进科学和实用技艺的进步”[14]，可见其著作权立法的宗旨是维护公共利益，而赋予作者和发明者一定期限的专有权利则是实现公共利益的必要手段。为此，美国于1790年制定出第一部著作权法案，保障地图、图表和书籍之作者14年出版专有权，并可以再延期14年[15]。后来，美国的出版商和著作权作品私人消费者之间针对采用当时属于很先进技术的照相方式复制作品的著作权问题，通过订立“绅士协议”（gentleman's agreement）界定合理使用（fair use），以平衡著作权持有人的私人利益和通过个人使用作品而体现的公共利益。该协议被法官采纳并用作非排他性测试，以确定何时何种情况下允许合理使用受著作权保护作品的某些项目，逐渐地，美国法官基于“绅士协议”而创制出四项合理使用原则，并日臻完善，成为限制作者专有权利的法定辩护[16]。美国国会在1976年立法时将法官创制的具有悠久历史的属于事前指导、事后判断性质的合理使用原则正式编为法案107条，充分发挥合理使用原则的弹性以应对著作权使用情形异常复杂且技术不断进步的现实，同时，也以此避免过于严苛的法律规定制约科学和实用技艺的进步，也就是用“法无禁止即可为”的立法理念充分激发社会活力。

但1968年爆出的“Williams & Wilkins诉国家卫生研究所（National Institutes of Health，NIH）、美国国立医学图书馆（The United States National Library of Medicine，NLM）侵权案”[17]却直接促使美国国会在将合理使用原则纳为法案107条的同时，坚决地专门为图书馆和档案馆的复制另立108条。因为该案的原告认为被告长期地大量地甚至整册地影印原告的杂志，供内部研究人员使用，属于企图取代原作购买的行为，削弱了原告的潜在市场。在该案爆出次年的12月，美国参议院司法委员会下辖的专利、商标、版权分委员会推出了拟新增到著作权法案中的108条——基于图书馆保存文献和提供社会服务之职能发挥的需要及图书馆侵权责任承担能力的局限性而对图书馆赋予事前规范性质的特别权利。“Williams & Wilkins案”的爆发，凸显基于图书馆职能发挥所需而对其予以特别赋权的必要性，即对其复制空间予以清晰界定，否则，官司缠身的图书馆将无从发挥职能，而且，如果官司缠身，维持图书馆运营的公共财政也难以重负，此即为美国立法者为图书馆等机构的复制专设108条予以特别赋权之由来。

综上，美国著作权法案众多著作权限制条款中的108条“专有权的限制：图书馆和档案馆的复制”明显属于立法者基于图书馆和档案馆职能发挥的需要而对图书馆和档案馆赋予的特别权利，未将之与作为合理使用一般规定的107条“专有权的限制：合理使用”相混淆[18]731，即“图书馆和档案馆的复制”和“合理使用”在美国法案中是属概念“版权限制制度”之下两个不同的种概念。

3.1.2 澳大利亚的分设模式 澳大利亚著作权法对图书馆的特别赋权很有特色，在其不断修订和演化的过程中始终对图书馆所代表的公共利益予以特别关照，被认为是“对公共利益的最大维护”[19]。澳大利亚著作权法在第48-53条分别就图书馆、档案馆、重要文化机构等为保存、替换馆藏，为国会议员、为作品利用人及为其他图书馆复制、提供、传输著作权作品，做出详细的著作权限制与例外规定。但是，学者S. Ricketson采用三步检验原则对澳大利亚著作权法第48-53条逐条进行检验的报告显示，其著作权法的这些著作权限制与例外规定的大部分，可能无法通过三步检验[20]，因此，其著作权法第48-53条对图书馆等公共文化机构的赋权无疑属于特别赋权，并未严格拘泥于三步检验原则。在第48-53条之外，澳大利亚著作权法针对其他未尽情形在第200AB条规定，“图书馆在非为取得商业利益或利润的前提下，可以出于维持图书馆之运营目的而适用原则性合理利用（fair dealing）条款，但适用这种原则性合理利用条款时必须同时符合三步检验原则”。因此，澳大利亚著作权法的第48-53条和第200AB条基本对应于美国著作权法案108条和107条，将特别赋权与原则性赋权分别设置。

3.1.3 我国香港地区的分设模式 我国香港地区图书馆可适用的著作权限制制度采取列举式规定与原则式规定分设的方式：其《版权条例》一方面通过第47-53条采取特别赋权方式分别就图书馆对期刊文章、已发表作品、提供多份复制品、馆际互借复制，制作替代品、某些未发表作品以及重要文献的合理复制做出详细规定；另一方面，其《版权条例》第41A条第2款另

行设置了判断合理使用的4项原则,使得第47－53条这些图书馆著作权例外清单之外的图书馆使用著作权作品行为的合理性得到充分考量,增强了著作权限制制度的伸缩性、扩展性、操作性和适应性,特别有利于新技术背景下图书馆新业务的开展和著作权各方的权利平衡[21],即我国香港地区著作权法采取了把针对图书馆的特别赋权和原则性赋权予以分设的模式。

3.2 特别赋权与原则性赋权整合模式

《法国知识产权法》第L112－5条第1款详细列举出8项著作权例外规定,其中第8项即为图书馆基于保存及维持现场阅读所需而设立的复制权例外规定,但该条第2款另行规定,"本条所揭示之例外规定,不得妨碍作品之正常利用,也不得不合理地损害著作权人的正当利益"[22]32。

《德国著作权法(2008)》第51条则将先前关于引用的封闭性规定,即"在下述目的允许之范围内可以复制、发行、公开再现之:①为说明内容而在独立的科学著作中收录已出版的单独的著作……",改为"为引用之目的,只要在此特殊目的的范围内利用已发表的作品有正当理由,本法允许复制、发行并公开再现之。本法尤其允许:①为说明内容而在独立的科学著作中收录已出版的单独的著作……"[18]162,这种将原先的封闭性列举式条款改为开放性例举式,并引入合理使用判断标准的修改极大地增强了合理使用著作权作品的弹性,但这种对具体使用著作权作品的合理情形再度予以合理性检验的规定增强了法律适用的复杂程度,而且,何谓"理由正当",并未予以明确。

我国台湾地区通过其《著作权法(1985)》第32条首次对图书馆复制馆藏作品做出规定,"供公众使用之图书馆、博物馆、历史馆、科学馆、艺术馆,于左列各款情形之一,得就其收藏之著作重制之:①应阅览人之要求,供个人之研究,影印已发行著作之一部分或揭载于期刊之整篇著作,但以每人一份为限;②基于保存资料之必要;③应同性质机构之要求"。1992年,台湾地区在与美国进行贸易谈判之时对其《著作权法》予以修改,在先前第44－63条采用列举式方式规定出各种著作财产权限制情形基础上,参考美国著作权法案107条原则性合理使用之规定,增立第65条,即"著作之利用是否合于第44条至第63条规定,应审酌一切情状,尤应注意下列事项,以为判断之标准:①利用之目的及性质,包括系为商业目的或非营利教育目的;②著作之性质;③所利用之质量及其在整个著作所占之比例;④利用结果对著作潜在市场与现在价值之影响。"[23]91－92这与前述《法国知识产权法》和《德国著作权法》的相关条款一样,明显属于重复三步检验,导致图书馆使用作品行为之法律属性的确定性和不确定性难分,反而增加法律适用的难度。

4 当前我国图书馆对著作权限制制度的需求与他山之石

图书馆担负着保存人类文化遗产、传播科学知识、推动社会文明、提高民族素质以及在政治方面保障基本人权的重任,因而被各国著作权法给予例外的关照,享有特别的使用著作权的豁免权利[24],这就是著作权所体现的公共利益。同时,图书馆既是社会民主政治的产物,也是社会民主政治的保障之一[25]。因此,人们一直认为图书馆是社会的文献中心和知识宝库,肩负着保存与传承人类文明、促进社会进步与教育发展的重任,图书馆一直不分年龄、种族、性别、信仰和社会地位地维护着社会公众平等地享有获取、利用信息资源的权利。事实上,图书馆也一直是维护权利人利益和捍卫公共利益的重要社会机构。当前的关键在于,基于图书馆职能发挥和平衡权利人、公共利益的需要而为图书馆选择合适的赋权制度模式。

4.1 数字网络时代图书馆发挥职能的制度需求

在当今的作品数字化、传播网络化时代,图书馆依然是各地民众通向知识之门,为个人和社会群体的终身学习、独立决策和社会的文化发展提供基本的条件[25],但是,由于知识信息的产生、接触以及获得方式发生了巨大变化,地区之间、国家之间、城乡之间、民众之间因经济能力或网络信息设备使用的差距而造成的数字鸿沟同业已存在的性别、经济、社会和教育不公等已处于相同的断层线上[26],图书馆承担的在政治方面削弱信息鸿沟、保障公众对知识信息的自由平等获取权,在社会方面激励创作并提高公民的科学文化素养从而积累发展后劲,在经济方面增强国家竞争力的社会责任,愈发显得突出,彰显为担负此种责任而对图书馆予以特别赋权的必要性,但我国现行法采取的封闭性列举式立法对图书馆数字文献保存、提供权的不足或缺失导致图书馆的文献中心地位受到严峻挑战,技术措施保护制度的制约更是让图书馆的中心地位雪上加霜,著作权立法更偏重权利人的私人利益,尤其是著作权持有人的利益,而作者和公共利益不断受到挤压,其自产生以来一直奉行的以实现公共利益为宗旨,以维护著作权人私人利益为手段的立法理念似乎已经成为过往。

哈根霍尔茨曾指出，"为了达到适当的平衡，著作权限制与例外制度在性质上就是用来调整受保护著作权的最好工具。著作权限制与例外制度创设的理由有三：一是保障人权，即公民的基本政治权利，特别是表达自由权、出版自由权、获得信息权，其主要表现是允许利用者利用他人作品，包括引用、滑稽模仿、报刊摘编等；二是促进公共利益，如允许图书馆、档案馆、博物馆、教育机构的利用，以满足社会公众自由免费获取作品及信息的合理需要；三是保护私人利益，尤其是应对权利人事实上无法行使专有权时的市场失灵现象，典型例子就是个人对作品的非公开复制使用。"[27] 国际图联(IFLA)针对数字网络环境下的信息获取而于2017年8月23日发布的《发展与信息获取/执行概要(2017)》则指出，"有意义的信息获取需要具备四个关键要素：①信息与通讯基础设施；②积极的社会使用环境；③社区及其成员具备足够的能力；④有利的法律与政策环境"。事实上，这四个方面均需要国家相关法律环境的保障，图书馆的独特作用对法律环境的需要尤为迫切[28]。

因此，我国著作权法亟待基于维护公共利益之考量而对图书馆予以特别赋权，并考虑到著作权使用情形的复杂性和技术进步的不可预见性而予以原则性赋权。

4.2 可资借鉴的各国为图书馆赋权的最新立法

鉴于图书馆职能的特殊性以及数字网络环境的新特征，一些国家和地区在近年的著作权立法或修法中已经并继续可能像美国著作权法案、澳大利亚著作权法那样，超越三步检验原则地设置图书馆可适用的著作权限制条款。如丹麦、法国、瑞典等国家，通过修改各自的法律、法规授予其国家图书馆收集互联网上本国域名的网络资源的权利，既提高了国家图书馆信息资源采集的效率，也减少了国家图书馆在信息资源保存过程中的侵权风险[29]；英国在2014年6月和10月将著作权例外增至9项，尤其是极具创新性地新增图书馆可适用的文本与数据挖掘例外[30]；新加坡正在重新评估其著作权法，考虑使用VPN(虚拟专用网络)等服务的合法性问题[31]；欧盟数年来一直在就如何澄清大规模数字化的概念、降低授权成本的方案与选择而进行立法工作，试图为图书馆确定一种程序简单、成本低廉、运作高效的包括馆藏数字化在线传输在内的事前赋权机制，并准备学习英国而制定新的文本与数据挖掘著作权例外，通过允许数据挖掘促进科学研究[32]，终于，欧盟委员会于2016年9月14日发布了《数字化单一市场著作权指令》(Directive on Copyright in the Digital Single Market)的草案，为了促进数字环境下对作品和其他著作权客体的创作、创造、传播和利用，明确了三个领域的均与图书馆息息相关的限制与例外，即以科研为目的进行大数据分析(第3条)，以教学为目的进行数字方式和跨境的使用(第4条)，文化遗产的保存(第5条)[33]；德国2017年6月30日通过的于2018年3月1日起施行的新的《知识产权与知识经济法》(*Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz*, *UrhWissG*)则为图书馆等公益机构增加了特殊条款，即出于教育和研究之目的时可以直接使用有著作权的著作文献，而无须像过去那样遵照模糊又烦琐的规定申请使用权，但前提是，使用机构如高校图书馆要向著作权征收协会一次性支付一笔费用，以买断使用权，这种立法既保障了产权作者的利益，也有利于学术的蓬勃发展，因为图书馆根本无法逐一统计文献资料的使用情况，因此买断使用权是合理可行的办法[34]；俄罗斯2016年修订施行的《民法典Ⅳ》规定，对公众开放的所有图书馆均可合法复制小篇幅作品、某些文章和片段到数字载体，前提是必须杜绝通过技术手段对其进行数字复制的可能性[35]。

在当今新技术不断涌现和技术不断变革的背景下，美国著作权法案通过极具弹性的107条的合理使用和极具确定性的对公共利益予以切实维护的108条等条款，将以公共利益为宗旨、以私人利益为手段的著作权理念，落实到司法实践中：在考虑归档、研究与发现知识等问题时，法院明确表示在技术变革环境下，合理使用支持图书馆和档案馆的核心实践；同时，合理使用在矫正市场失灵中依然发挥着平衡著作权利益的重要作用，尤其是在使用信息前征求同意存在困难或不切实际的紧急情况，不论是复制新出版的报刊文章供学生阅读，还是不合理的交易费用加重社会使用负担的情况，其均可确保在信息访问具有重大社会意义的情况下可以分享著作权信息；再者，当著作权对民众访问维护民主性文化所需信息造成限制时，合理使用为归档和分享提供了强有力的支持，这不仅保护了个人的话语权(right to speak)，而且是对社会聆听权(right to hear)的最大保护[36]。

5 我国著作权法为图书馆赋权的制度模式选择

纵观世界各地各国的经历，著作权立法被出版商等利益群体和技术进步持续推动的局面未有改观，而

并未在自身历史中孕育出著作权哲学理念的属于著作权理念和立法例之进口国的我国已经加入相关国际协约,这对民族众多、地区发展失衡、技术相对落后、2015年人均图书藏量仅 0.61 册而人均购书经费仅 1.43 元[37],且正值发展关键期的属于著作权进口大国和人口大国的我国来说,重视著作权法的政治功能、发展功能和利益平衡功能,基于图书馆承担的社会职能,并借鉴相关国家于自身处于发展时期时在遵循国际法三步检验原则基本精神但并不严格拘泥于其设定条件的前提下,充分行使国际法赋予协约成员制定著作权限制制度的国内立法权,竭力扩大图书馆可适用的使用作品空间的惯常做法,并将三步检验原则、合理使用、法定许可等概念同对图书馆特别赋权的概念区别开来,而赋予图书馆相宜的权利,为图书馆创设适宜的法律环境,显得尤为重要。

5.1 三步检验原则同图书馆可适用的著作权限制制度间的逻辑关系

长期以来,我国从法律上并未完全接纳合理使用的理念,只是学界将之界定为一种无需获得权利人许可也无需支付报酬的作品使用方式,也并未将合理使用与对图书馆的特别赋权、法定许可、强制许可等法定例外予以严格区分,这对司法实践与著作权立法均造成深刻影响。对司法实践的影响可以"王莘诉谷歌公司、北京谷翔信息技术有限公司侵犯著作权纠纷案"为例[38],该案中,谷歌凭借与图书馆的合约取得涉案图书《盐酸情人》纸质版,进而予以数字化,而其关联公司北京谷翔则向不特定公众提供涉案图书的索引信息以及作品片段,此案涉及复制权、信息网络传播权、保护作品完整权等多项权能,其适用法律时遇到的困境凸显我国法封闭性列举式著作权限制制度的弊端,而实际上谷歌向公众传播索引信息和片段的行为对权利人私人利益和公共利益的实现均是有好处的。事实上,三步检验原则、合理使用、法定例外之间呈现图 1 所示的逻辑关系:三步检验原则是国际法规定的制定著作权限制与例外时必须遵循的基本原则,它是合理使用、法定例外的属概念,但合理使用同法定例外之间属于全异关系;图书馆可适用的著作权限制与例外制度(图书馆例外)也是著作权限制与例外(三步检验原则)概念下面的种概念,但其同合理使用、法定例外两个概念之间分别属于交叉关系。对著作权立法的影响见下文的分析。

5.2 著作权法与其配套法规之间的不协调

将几个概念之间的逻辑关系澄清之后,理性修法

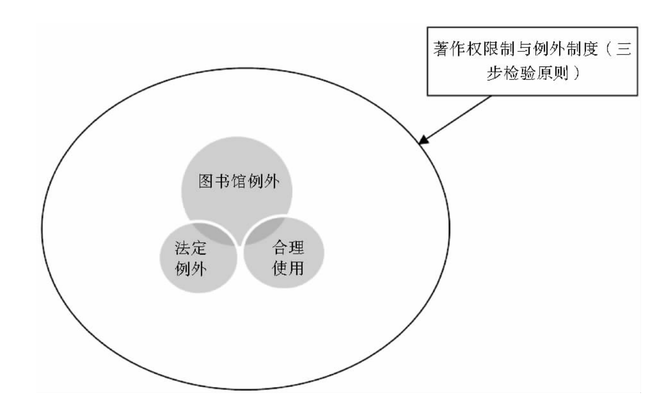


图 1 三步检验原则同合理使用和法定例外之间的逻辑关系

即为当务之急。我国《著作权法(1991)》第 22 条第 1 款第 8 项对图书馆的保存职能予以特别赋权,"图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要,复制本馆收藏的作品",除此之外,法律未曾赋予图书馆其他著作权例外,比如,并未赋予图书馆馆际互借、文献信息提供等权利,这种规定在《著作权法》2001 年、2010 年的两次修订中均未有任何改动,不过,针对作品数字化保存及网络传播的时代特征,2006 年施行的《信息网络传播权保护条例》第 7 条规定,"图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等可以不经著作权人许可,通过信息网络向本馆馆舍内服务对象提供本馆收藏的合法出版的数字作品和依法为陈列或者保存版本的需要以数字化形式复制的作品,不向其支付报酬,但不得直接或者间接获得经济利益。当事人另有约定的除外……"。这样一来,两者之间的不协调显现了出来:《著作权法》第 22 条第 1 款第 8 项对图书馆的特别赋权一定程度上使图书馆拥有了可以提供给用户的资源,但《著作权法》对图书馆保存职能以外的职能,如图书馆为用户提供纸质等类型资源的权利与义务是什么,根本未有涉及,也无法通过《著作权法》第 22 条第 1 款第 1 项个人使用条款而予以体现,但《信息网络传播权保护条例》第 7 条却对图书馆向用户提供数字资源的地点、范围等予以了界定,虽然其并未赋予图书馆非营利目的地越过馆舍范围传递文献的权利。于是,就出现了下位法《信息网络传播权保护条例》超越其上位法《著作权法》的现象,原因主要是因为《著作权法》缺乏包容性。这种法律与法规之间的不协调大大增加了图书馆的侵权风险,更为严重的是制约图书馆的职能发挥。

我国《著作权法实施条例》第 21 条规定,"依照著

作权法有关规定,使用可以不经著作权人许可的已经发表的作品的,不得影响该作品的正常使用,也不得不合理地损害著作权人的合法利益”。可见,该条例对包括合理使用在内的使用项目要求必须进行三步检验,但《著作权法》第22条第1款规定的12种合理使用情形本身是立法者遵照国际法之三步检验原则确定的一些公共利益性质的特殊情形,下位法要求对上位法确定的并未要求进行三步检验的项目必须予以合理性检验,违反“上位法优于下位法”原则,《著作权法》与其下位法《著作权法实施条例》之间的不协调就此凸显。

5.3 《送审稿》图书馆相关条款的缺陷

《送审稿》还未如同英国、美国、德国、澳大利亚等那样,对新技术运用带来的法律问题提供有效的解决方案,比如,图书馆采用虚拟专用网络(VPN)为用户通过网络提供数字文献的法律性质界定等。诚然,对于学术性作品,其主要以图书馆、教育机构、学者和研究者等小型群体为消费对象,数字化网络传播对其权利之影响,不容小觑。如果允许图书馆在公共网络上发行他人受著作权保护的作品,就会极大损害权利人享有的市场,从而与作品的正常使用相抵触,但问题是VPN方式只是充分运用了现代科技为使用人提供便利而已,丝毫未扩大使用人范围。其次,现行法律未曾而《送审稿》仍然未曾对图书馆对文化遗产和永久馆藏的数字化保存,开展非返还式的数字文献传递、文本与数据挖掘的实践与服务等的法律属性予以界定。再次,《送审稿》仍未像韩国等国那样建立图书馆可适用的法定许可制度,这对图书馆的职能发挥带来相当程度的制约。最后,《送审稿》第43条合理使用的第1款增加了第13项[39],即“其他情形”作为兜底条款,而该条第2款“以前款规定的方式使用作品,不得影响作品的正常使用,也不得不合理地损害著作权人的合法利益”将三步检验原则的后面两步机械地加入进来,这就将先前充分行使国际协约赋予的国内立法权并按照三步检验原则确定的12种特殊情形再度予以三步检验,与《法国知识产权法》第L112－5条的两款以及我国台湾地区著作权法第44－63条与第65条之间的关系一样,这种属于重复检验的规定会给图书馆工作的法律属性带来极端不确定性,增加图书馆侵犯著作权的风险。显然,畏惧侵权、难以承担侵权责任的直接后果必然是“不作为”,那么,图书馆职能之发挥自然受限,国民素质提升的条件有限,国家发展后劲不足,公共利益必然受损,提高国际竞争力的国家创新发展战略的进程必然放缓。当然,我国现行法列举的12种合理使用项目中的个别情形也确实存在范围过宽的问题,譬如,在笔者看来,能被图书馆间接适用的第1项即“为个人学习、研究或者欣赏,使用他人已经发表的作品”中的“欣赏”项目就无法通过三步检验,本次修订将之予以删除,实属应然。

5.4 图书馆相关条款修改建议

针对《送审稿》存在的著作权保护的手段与宗旨平行、重复检验以及使用著作权情形的复杂性和技术进步的不可预见性等问题,鉴于特别赋权与原则性赋权整合模式的弊端和特别赋权与原则性赋权分设模式的优点,并基于我国制定法律崇尚简约的传统,我国需要学习美国、澳大利亚、我国香港地区等的立法经验,在制定图书馆可适用的著作权限制制度时,将针对图书馆的特别赋权与原则性赋权予以分设的立法模式,即在三步检验原则的指导下充分使用国际法赋予我国的国内立法权,将基于图书馆职能发挥所需的例外空间采取特别赋权的方式予以明确,并将之与采用三步检验原则对未尽情形予以事前指导、事后检验的图书馆可适用的原则性赋权,或者说将对图书馆的特别赋权与合理使用等有机地结合起来。基于维护公共利益和图书馆职能发挥的需要增强法律适用的刚性和弹性,办法是将《送审稿》第一条立法宗旨由“促进社会主义文化、科学和经济的发展与繁荣……”改为“以促进我国社会主义文化、科学和经济的发展与繁荣……”,“以”字的加入是为了突出立法宗旨,“我国”二字的加入是对适用范围的界定,因为我国是社会主义国家之一,立法目的是为了促进本国的发展与繁荣。如此修改,可以避免社会上对宗旨与手段本末倒置或存在先后顺序的理解,以指导司法实践。还要将《送审稿》第43条第1款第8项予以扩充,使图书馆符合该法项的使用行为根本无需三步检验,避免侵权之虞和诉讼;同时,为适应技术进步如VPN技术的应用等未尽情形而将三步检验原则予以引入作为图书馆可适用的一般性合理使用,增强作为母法的《著作权法》的包容性,留待下位法对其予以细化。具体修法建议如下:①将《信息网络传播权保护条例》第7条升级到《著作权法》中;②将第8项改为“图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为保存或者替换版本的需要,复制本馆收藏或使用的作品”;③将《送审稿》第43条第2款插

入第1款第13项中,即去掉第2款,将第1款第13项改为"(十三)其他不影响作品正常使用、不损害著作权人合法权益的特定情形"。

如此修改,满足了图书馆应对技术变化而保存不同格式数字化信息的需要,并通过赋予图书馆保存"本馆使用"的作品,如网络上公开的任何人可使用作品的权利而扩充图书馆保存网络上稍纵即逝信息的职能,这是为了数字网络环境下图书馆发挥职能所需而为图书馆特别赋权。通过对《送审稿》第43条第1款第13项的修改,将未尽情形,如图书馆从事馆内复制、馆际互借、文献提供等现行《著作权法》和《送审稿》未曾涉及的图书馆保存以外的职能纳入进来。当然,也不可不合理侵害著作权人的专有权利,评判标准就是"不影响作品正常使用、不损害著作权人合法权益"。这是通过图书馆适用此法项而间接地对图书馆予以原则性赋权,达到借鉴美国法"法无禁止即可为"之理念,充分激发社会活力,促进国家创新发展的目的。

参考文献:

[1] 黄国彬. 我国可适用于图书馆的著作权例外规定及其适用障碍剖析[J]. 图书情报工作,2012,56(5):42-46.

[2] 赵金红,张梦新. 作者私权与社会公权的平衡[J]. 中国出版,2014(1):25-28.

[3] 万红. 以《著作权法》第三次修订为视角的图书馆电子书版权保护[J]. 图书馆工作与研究,2015(5):51-54.

[4] 屈华. 我国图书馆版权合理使用制度的重构[J]. 图书馆理论与实践,2016(9):6-10.

[5] 华鹰. 著作权法定许可制度的反思与重构——以著作权法第三次修改为视角[J]. 中国版权,2014(6):42-45.

[6] 万勇.《著作权法》图书馆例外条款修改建议[J]. 中国图书馆学报,2014(2):13-18.

[7] BALGANESH S. Copyright and free expression:analyzing the convergence of conflicting normative frameworks [J]. Chicago-Kent journal of intellectual property, 2004(4): 45.

[8] An act declaring the rights and liberties of the subject and settling the succession of the Crown [EB/OL]. [2017-06-05]. http://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp.

[9] An act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned[EB/OL]. [2017-06-05]. http://www.copyrighthistory.com/anne.html.

[10] Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works [EB/OL]. [2017-06-02]. http://www.customs.gov.cn/ipr/ipr2001c/ReadNews.asp? NewsID=542&BigClassI.

[11] WTO. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights[EB/OL]. [2017-06-02]. https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/trips_e.htm.

[12] WIPO Copyright Treaty [EB/OL]. [2017-06-09]. http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/.

[13] WIPO Performances and Phonograms Treaty [EB/OL]. [2017-06-09]. http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/.

[14] The Constitution of the United States of America[EB/OL]. [2017-06-02]. http://www.archives.gov/national-archives-experience/charters/constitution.html.

[15] Copyright Law of the United States[EB/OL]. [2018-02-28]. https://www.bitlaw.com/copyright/index.html.

[16] CONNELLY M. The role of the e-book in the library system: a comparative analysis of U.S. fair use and U.K. fair dealing in the e-lending universe [J]. Cardozo journal of international and comparative law, 2014(3): 561-593.

[17] U. S. Court of Claims. Williams & Wilkins Company v. the United States, 487 F.2d 1345 [EB/OL]. [2017-06-08]. http://fairuse.stanford.edu/case/c487f2d1345/.

[18]《十二国著作权法》翻译组,译. 十二国著作权法[M]. 北京:清华大学出版社,2011.

[19] 杨晓云. 澳大利亚图书馆版权流转规则及对我国图书馆界的借鉴意义[J]. 图书馆学研究,2013(4):98-100.

[20] RICKETSON S. The three-step test, deemed quantities, libraries and closed exceptions [M]. Strawberry Hills, Australia: Centre for Copyright Studies, 2002: 108-113.

[21] 靳惠. 香港图书馆版权制度的立法与评价[J]. 图书馆工作与研究,2016(12):15-18.

[22] 幸秋妙. 数字时代下有关图书馆著作权限制规定研究[D]. 北京:中国政法大学,2011.

[23] "经济部"智慧财产局. 历年著作权法规汇编专辑[M]. 台北:台湾大学出版中心,2005.

[24] 李江丽. 英国为公共文化机构使用版权的立法与评述[J]. 兰台世界,2010(2):16-17.

[25] UNESCO. Public library manifesto[EB/OL]. [2017-06-03]. http://archive.ifla.org/VII/s8/nuesco/chine.pdf.

[26] IFLA. 国际图联数字素养宣言[J]. 何蕾,译. 图书馆论坛,2017(11):1-4.

[27] HUGENHOLTZ P B. The future of copyright in a digital environment[M]. Amsterdam: Holland: Kluwer Law International,1996: 94.

[28] IFLA. Development and access to information (DA2I)[EB/OL]. [2017-08-26]. https://www.ifla.org/publications/node/11606.

[29] 吴钢. 论信息保存权[J]. 图书馆,2011(4):4-7.

[30] 胡开忠,赵加兵. 英国版权例外制度的最新修订及启示[J]. 知识产权,2014(8):73-78.

[31] 中国保护知识产权网. 新加坡重新评估其《版权法》[EB/OL].

[2016 – 10 – 12]. http://www.ipr.gov.cn/article/gjxw/lfdt/yz/bqyz/201608/1894485.html.

[32] 科学网. 欧盟拟改革版权法促进数据挖掘[EB/OL].[2016 – 12 – 11]. http://www.nipso.cn/onews.asp? id = 33826.

[33] European Commission. Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the digital single market[EB/OL].[2017 – 08 – 31]. https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-directive-european-parliament-and-council-copyright-digital-single-market.

[34] Bundesministerium für Bildung und Forschung. Neues gesetz zum urheberrecht für die wissenschaft beschlossen[EB/OL].[2017 – 08 – 31]. https://www.bmbf.de/de/neues-gesetz-zum-urheberrecht-fuer-die-wissenschaft-beschlossen-4431.html.

[35] 宋振佳. 俄罗斯著作权法的修订及其对图书馆事业的影响[J]. 图书馆杂志,2016(7):73 – 75.

[36] 中国保护知识产权网. 美国合理使用原则支持保存和分享政府信息[EB/OL]. [2017 – 09 – 26]. http://www.ipr.gov.cn/article/gjxw/lfdt/mj/bqmj/201709/1911173.html.

[37] 中华人民共和国文化部. 2015 年文化发展统计公报[EB/OL]. [2017 – 01 – 08]. http://zwgk.mcprc.gov.cn/auto255/201604/t20160425474868.html.

[38] 北京市第一中级人民法院. 民事判决书(2011)一中民初字第 1321 号[EB/OL]. [2016 – 12 – 30]. http://www.pkulaw.cn/case/pfnl_1970324839084537.html? match = Exact.

[39] 国务院法制办公室.《中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿)》[EB/OL]. [2014 – 06 – 29]. http://www.pkulaw.cn/.

The Legislative Model Selection of Chinses Copyright Law Empower Library

Zhang Junhua
Library of Central China Normal University, Wuhan 430079

Abstract: [**Purpose/significance**] In order to help libraries to give full play to their functions, this paper discussed the legislative model selection that the third revision of Chinses copyright law empower library. [**Method/process**] Firstly, this paper briefly introduced the current study and pointed out the shortcomings. Secondly, by reviewing the development of special empowerment system for libraries, it concluded the logic of copyright legislation: protect public interests is the goal, protect private interests is the method. Again, taking the copyright act of the United States, the copyright law of Australia and the copyright law of the Hongkong region of our country as an example, this paper analyzes the legislative pattern and its advantages of the special empowerment and principled empowerment of the library. Taking the French intellectual property law, the German copyright law and the copyright law of the Taiwan region of our country as an example, this paper also analyzes the legislative model and its shortcomings of the integration of the special empowerment and the principled empowerment of the library. Finally, this paper analyzes the system demand of Library's function under the digital network environment, the latest legislative dynamics on Copyright restriction system about the library, and the logical relationship between several copyright restrictions and the real needs of the country. [**Result/conclusion**] The research shows that the third revision of Chinese copyright law should adopt the legislation pattern that special empowerment and principled empowerment both enabled respectively. Besides, it also provide some suggestions on revision of clause's related to libraries in China's copyright law.

Keywords: library functions system model special empowerment principled empowerment three-step examination principle copyright